



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Secretaria Geral Parlamentar
Secretaria de Documentação
Equipe de Documentação do Legislativo

PARECER Nº 585/2021 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0114/21.

Trata-se de projeto de lei de autoria do Nobre Vereador Ricardo Teixeira que reconhece como atividades essenciais aquelas desempenhadas pelas instituições inseridas nos seguintes seguimentos: (i) academias de esportes de todas as modalidades; (ii) escolas de dança; (iii) demais estabelecimentos de prestação de serviços de educação física e prática de atividade física.

De acordo com a justificativa, a falta de atividades físicas é responsável por milhões de mortes todos os anos, sendo que a Organização Mundial de Saúde - OMS, recomenda a prática de, no mínimo, 150 minutos de atividade física moderada por semana para evitar os efeitos maléficos do sedentarismo.

Ainda conforme as informações trazidas pelo autor, a atividade física regular traz inúmeros benefícios para o funcionamento do organismo, como: (i) redução do risco de doenças cardíacas, infartos e acidente vascular cerebral; (ii) fortalecimento do sistema imunológico; (iii) melhoria da qualidade do sono; (iv) redução da gordura corporal e aumento da massa muscular; (v) promoção de bem-estar e melhoria da auto-estima; (vi) aumento da disposição e resistência física; (vii) regulação da pressão arterial e do nível de glicose no sangue; (viii) diminuição do estresse; (ix) melhoria do tônus muscular, força, equilíbrio e flexibilidade; e (x) fortalecimento dos ossos e articulações.

Não obstante o elevado propósito de seu autor, sob o aspecto estritamente jurídico, o projeto não reúne condições para prosseguir em tramitação.

Preliminarmente, é preciso consignar que a situação da pandemia de COVID-19 consiste em gigantesco desafio mundial que para ser enfrentado demandará grande esforço conjunto dos Poderes constituídos, das autoridades e da sociedade e certamente exigirá novas formas de atuação e adaptações em várias áreas.

Entretanto, na seara jurídica, em que pese a possibilidade de também se tornarem necessárias novas abordagens e regramentos transitórios para o momento de crise, os pilares do ordenamento jurídico, ou seja, suas normas estruturantes, não sofrem alterações, permanecendo a irradiar seus efeitos. Dois dos principais exemplos de tal categoria de normas são os princípios constitucionais da repartição de competências e da harmonia e independência entre os Poderes, os quais são afetados pelo projeto em análise, conforme será demonstrado.

O combate à pandemia demanda ação coordenada em todos os níveis da federação, sendo que um dos primeiros diplomas normativos sobre o tema foi a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e estabelece no art. 3º, § 8º caber ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Neste sentido foram editados os Decretos Federais nº 10.282/20 e nº 10.292/20, sendo que este último chegou a ser suspenso, mas teve sua eficácia restabelecida por decisão judicial que reconheceu a competência do Executivo para tratar da matéria, nos seguintes termos:

Portanto, a decisão liminar em epígrafe contraria aquele postulado constitucional e se revela ilegítima, na medida em que, indevidamente, se imiscui em análise acerca de suposta exorbitância do poder regulamentar do Exmo. Sr. Presidente da República quando da edição

do Decreto nº 10.292/2020, que alterou o Decreto nº 10.282/2020 e incluiu os incisos XXXIX e XL em seu art. 3º.

Não se trata, pois, de controle jurisdicional da legalidade de atos normativos, como sustenta o MPF em seu parecer, mas sim de intromissão indesejável do Poder Judiciário na atuação dos demais Poderes, o que se revela de forma nítida na determinação do magistrado de piso "à UNIÃO que se ABSTENHA de editar novos decretos que tratem de atividades e serviços essenciais sem observar" tal ou qual parâmetro.

Além disso, registre-se que cabe ao Presidente da República dispor mediante decreto sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o art. 3º, § 8º, da Lei 13.979/2020, conforme disciplina o § 9º do seu mesmo artigo, o que está em clara consonância com o que o prevê o art. 84, VI, da Constituição da República. Do mesmo modo, cabe ao Executivo Municipal promover as atividades de interesse local, como assentado em mais de um dispositivo da CRFB, v. g., art. 23, II.

...

Sendo assim, descabe ao Poder Judiciário se intrometer em considerações de ordem política, uma vez que seu compromisso é exclusivamente com a técnica, com a correta interpretação das leis, sejam substantivas ou processuais, e com o respeito à Lei Maior. (TRF 2ª Região, Suspensão de liminar nº 50.2020.4.02.0000/RJ, 31/03/20, grifamos)

Não obstante, cabe ressaltar que o STF, em sessão de 15/04/20, nos autos da ADI 6341-MC reconheceu que todos os entes da federação tem competência para tratar do tema, verbis:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. (grifamos)

Com base na competência para disciplinar o tema, o governo do Estado de São Paulo editou o Decreto nº 64.881/20, que em seu art. 2º, § 1º, dispôs sobre as atividades essenciais, e o Decreto nº 64.994/20, que instituiu o "Plano São Paulo", com o objetivo de implementar e avaliar ações e medidas estratégicas de enfrentamento à pandemia, estipulando fases de classificação dos Municípios integrantes do Estado (vermelha, laranja, amarela e verde) para o exercício de atividades, tendo em vista a evolução da doença e a capacidade de resposta do sistema de saúde, verbis:

Artigo 2º - Fica instituído o Plano São Paulo, resultado da atuação coordenada do Estado com os Municípios paulistas e a sociedade civil, com o objetivo de implementar e avaliar ações e medidas estratégicas de enfrentamento à pandemia decorrente da COVID-19.

Parágrafo único - A íntegra do Plano São Paulo está disponível no sítio eletrônico www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/planosp.

Artigo 3º - Para fins do disposto no artigo 2º deste decreto, as condições epidemiológicas e estruturais no Estado serão aferidas pela medição, respectivamente, da evolução da COVID-19 e da capacidade de resposta do sistema de saúde.

§ 1º - A evolução da COVID-19 considerará o número de casos confirmados da doença, de modo a identificar o intervalo epidêmico no período avaliado.

§ 2º - A capacidade de resposta do sistema de saúde considerará as informações disponíveis na Central de Regulação de Ofertas e Serviços de Saúde - CROSS, prevista na Lei nº 16.287, de 18 de julho de 2016, e no Censo COVID-19 do Estado, a que alude a Resolução nº 53, de 13 de abril de 2020, da Secretaria da Saúde.

§ 3º - A aferição a que alude o "caput" deste artigo será realizada:

1. de forma regionalizada, preferencialmente em conformidade com as áreas de abrangência dos Departamentos Regionais de Saúde organizados nos termos do Decreto nº 51.433, de 28 de dezembro de 2006;

2. por meio do Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente - SIMI, instituído pelo Decreto nº 64.963, de 5 de maio de 2020.

Artigo 4º - O risco de propagação da COVID-19 será monitorado com observância das orientações do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e das diretrizes emanadas da Secretaria de Estado da Saúde, mediante:

I - aplicação de testes laboratoriais e coleta de amostras clínicas destinadas à identificação da presença do material genético do vírus SARS-CoV-2 ou de anticorpos específicos;

II - elaboração de estudos ou de investigações epidemiológicas.

Artigo 5º - As condições epidemiológicas e estruturais a que alude o artigo 3º deste decreto determinarão a classificação das áreas de abrangência dos Departamentos Regionais de Saúde do Estado em quatro fases, denominadas vermelha, laranja, amarela e verde, de acordo com a combinação de indicadores de que trata o Anexo II deste decreto.

§ 1º - Às fases de classificação corresponderão diferentes graus de restrição de serviços e atividades.

§ 2º - Em qualquer caso, as restrições não poderão prejudicar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais a que alude o § 1º do artigo 2º do Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020.

§ 3º - O Secretário da Saúde, mediante resolução, publicará periodicamente a classificação das áreas nas respectivas fases.

Artigo 6º - O Centro de Contingência do Coronavírus e o Centro de Vigilância Epidemiológica, ambos da Secretaria da Saúde, manterão monitoramento da evolução da pandemia da COVID-19 no Estado, em especial dos efeitos da suspensão gradual e regionalizada de restrições de serviços e atividades nas condições estruturais e epidemiológicas, podendo elaborar novas recomendações a qualquer tempo.

Artigo 7º - Os Municípios paulistas inseridos nas fases laranja, amarela e verde, cujas circunstâncias estruturais e epidemiológicas locais assim o permitirem, poderão autorizar, mediante ato fundamentado de seu Prefeito, a retomada gradual do atendimento presencial ao público de serviços e atividades não essenciais.

Parágrafo único - O ato do Prefeito a que alude o "caput" deste artigo incluirá determinação para que os locais de acesso ao público, inclusive os estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, que funcionem em seu território:

1. observem o disposto no Anexo III deste decreto;

2. adotem medidas especiais visando à proteção de idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas ou imunodeprimidas, à luz das recomendações do Ministério da Saúde e da Secretaria de Estado da Saúde;

3. impeçam aglomerações.

Assim, no atual contexto, resta claro que o Município embora possa disciplinar a matéria no âmbito de seu território com base no exercício de sua competência de proteção da saúde pública, não pode contrariar a legislação federal e estadual vigentes.

Ademais, cabe ao Executivo, em razão de sua típica atribuição administrativa de planejamento e execução de políticas públicas, definir, à luz de critérios objetivos e consideradas as circunstâncias que se apresentarem a cada situação de "crise ocasionada por moléstias contagiosas ou catástrofes naturais" quais atividades podem ser exercidas, o que oferece ou não oferece risco à população.

A situação ora vivenciada demonstra o quanto o cenário é dinâmico, especialmente quando não há grande nível de conhecimento sobre uma doença, de modo que será a experiência, o decorrer do tempo, a adoção e revisão de procedimentos e protocolos que influenciará as medidas necessárias ao enfrentamento das crises, ou seja, estabelecer que

este ou aquele serviço ou atividade seja considerado essencial não é algo que possa ser definido a priori.

Outrossim, já é consolidado em nosso ordenamento o exercício do poder de polícia pelo Estado, a fim de resguardar o interesse coletivo em face do individual, podendo ser estabelecidos limites e condicionamentos aos particulares, de acordo com as necessidades que se apresentem. A respeito do tema é elucidativa a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

É bastante amplo o círculo em que se pode fazer presente o poder de polícia. Com efeito, qualquer ramo de atividade que possa contemplar a presença do indivíduo rende ensejo à atuação restritiva do Estado. Em outras palavras, não há direitos individuais absolutos a esta ou àquela atividade, mas ao contrário, deverão estar subordinados aos interesses coletivos. Daí poder dizer-se que a liberdade e a propriedade são sempre direitos condicionados, visto que sujeitos às restrições necessárias a sua adequação ao interesse público.

É esse o motivo pelo qual se faz menção à polícia das construções, à polícia sanitária, à polícia de trânsito e tráfego, à polícia de profissões, à polícia do meio ambiente etc. Em todos esses ramos aparece o Estado, em sua atuação restritiva de polícia, para a preservação do interesse da comunidade.

...

Os denominados atos de polícia possuem, quanto ao objeto que colimam, dupla qualificação: ou constituem determinações de ordem pública ou consubstanciam consentimentos dispensados aos indivíduos.

O Poder Público estabelece determinações quando a vontade administrativa se apresenta impositiva, de modo a gerar deveres e obrigações aos indivíduos, não podendo estes se eximir de cumpri-los. (in Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2012, p. 82/83)

Destarte, os regramentos editados em um contexto de combate a crises decorrentes de doenças ou de catástrofes expressam o poder de polícia estatal.

Observe-se, por oportuno, que a judicialização das questões envolvendo a formulação de políticas públicas já é uma realidade há algum tempo e se intensificou no momento atual. Neste sentido, logo no início das ações de combate à pandemia o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo suspendeu liminar que havia sido concedida em primeira instância envolvendo, dentre outras questões, o funcionamento de igrejas. O fragmento de referida decisão abaixo transcrito bem ilustra o cuidado que deve haver na tomada de decisões, ainda que inegavelmente imbuídas do intento de preservar o interesse público, para que não se avance sobre o campo de atuação do Executivo, para que nenhum outro Poder se substitua ao administrador.

Na espécie, encontro plenamente justificada a suspensão da liminar, uma vez que da decisão judicial constam determinações severas, de natureza tipicamente administrativa, que devem ser pautadas pelos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, insubstituível por comando judicial, no sentido da organização dos serviços públicos tecnicamente adequados a cada caso.

Está suficientemente configurada a lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (cf., STA-AgRg 112, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, Rel. Min. Marco Aurélio, red. ac. Min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SS-AgRg 846, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.03.91).

II. Em tema de segurança e eficiência na prestação de serviços públicos na área da saúde, oportuno destacar o sentido discricionário técnico de decisão acerca de circulação e reunião de pessoas para qualquer finalidade, inclusive para oração e recolhimento espiritual.

...

O objetivo da norma é a diminuição - ou até mesmo a não-realização - de cultos, mantendo abertos os templos e igrejas. Ao menos por ora, o Estado e o Município deixaram a

critério dos líderes religiosos a abertura ou não dos templos. Cabe-lhes atuar segundo a consideração e o cuidado que devotam aos seus seguidores e fiéis.

...

III. Oportuno destacar que, ao determinar fiscalização, fechamento de templos e casas religiosas, além de impor sanções, a decisão judicial - ainda que com a maior das boas intenções - invadiu o mérito do ato administrativo, quando está autorizado a apreciar os atos da Administração exclusivamente sob os aspectos formais de validade e eficácia. A providência tomada pelo Juízo singular acaba por invadir o próprio poder de polícia da Administração, excepcional e discricionário, capaz de restringir coativamente a atividade individual, na proteção da segurança coletiva e da boa ordem da coisa pública.

Essas as razões pelas quais decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em tempos de crise e calamidade, porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica.

...

Repito que, segundo informações e critérios técnicos que orientam a Administração Pública, Estado e Município entenderam possível a esta altura contar com a colaboração dos fiéis e dos líderes religiosos. Eventual medida de força poderá ser adotada, não há dúvida, mas quando as condições fáticas assim o exigirem e desde que o Estado e o Município sejam capazes de fiscalizar o cumprimento das ordens que emitem, até porque é do Estado e do Município a atribuição de coordenar a atuação policial na fiscalização de situações segundo critérios axiológicos próprios da Administração.

Tanto o Estado de São Paulo, quanto o Município de São Paulo vêm adotando medidas restritivas de forma gradual, no compasso do aumento do número de pessoas contaminadas e da possibilidade de exigir o cumprimento das determinações. E importante dizer não foram poucas as providências adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo e pelo Município de São Paulo para mitigação de danos provocados pela pandemia de COVID-19, por meio da Secretaria de Saúde, do Centro de Contingência do Coronavírus e de comitê de assessoria a governador e a prefeito na tomada de decisões acerca do tema de saúde pública, de forma a coordenar da melhor maneira possível os esforços da Administração Pública (estadual e municipal) no assunto.

...

Em suma, não há omissão. E a coordenação das ações de combate ao estado de calamidade, até para que os resultados sejam efetivos, cabe ao Poder Executivo, que, com decisões e atos complexos, tem aplicado política pública voltada ao combate efetivo do mal que nos aflige. Ademais, não se pode determinar medidas da alçada de outro poder do Estado, fundando-se, apenas, na discordância da forma de agir. É imprescindível observar, nesse momento, que estão sendo tomadas, no Estado e no Município, medidas de isolamento efetivo. (Suspensão de liminar nº 2055157-26.2020.8.26.0000, 24/03/20)

Sendo assim, o Poder Legislativo, ao adentrar no campo de atuação reservado ao Executivo, viola o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, estatuído no art. 2º da Constituição Federal, no art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo e no art. 6º da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Ante o exposto, somos PELA ILEGALIDADE, sem prejuízo do prosseguimento deste projeto na hipótese de recurso provido pelo Plenário desta Casa, nos termos do art. 79 do Regimento Interno.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 30/06/2021.

Carlos Bezerra Jr. (PSDB) - Presidente

Alessandro Guedes (PT) - Abstenção

Faria de Sá (PP)

Gilberto Nascimento (PSC) - Relator

Professor Toninho Vespoli (PSOL)

Rubinho Nunes (PSL)
Sandra Tadeu (DEM)
Sansão Pereira (REPUBLICANOS)
Thammy Miranda (PL)

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 01/07/2021, p. 93

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site www.saopaulo.sp.leg.br.